

VIJF JAAR RECHTSPRAAK NOTARIAAT ONDERNEMINGSRECHT

1. Inleiding

Vijf jaar rechtspraak notariaat. Elke maand selecteert de redactie uit de enorme hoeveelheid uitspraken een aantal uitspraken die voor het notariaat van dusdanig belang zijn dat deze gepubliceerd horen te worden in Rechtspraak Notariaat. Terugkijkend in de gepubliceerde jurisprudentie is er veel gebeurd. Het strekt te ver om in deze bijdrage op alle behandelde onderwerpen in te gaan. Wel zijn er een aantal trends in de rechtspraak te ontdekken. Zo zijn de rechten en bevoegdheden van de ondernemingskamer verder onderzocht, onder andere in de Versatel zaak en Tele 2 RN2007, 111 en 112.

Ook bestuursaansprakelijkheid en de uitleg van de Beklamel norm is aan de orde gekomen. Deze laatste norm wordt, zeker in de lagere rechtspraak, zeer veelvuldig gebruikt. Van alle gelezen uitspraken heeft een groot deel betrekking op het al dan niet van toepassing zijn van de bestuursaansprakelijkheid op grond van art. 2:248 BW. Deze aanspraak wordt vaak gecombineerd met een beroep op een gebrek aan een juiste boekhouding conform art. 2:10 BW, de Beklamel norm of onrechtmatige daad van een bestuurder. Hoewel deze uitspraken voor het notariaat leerzaam zijn en notarissen zich moeten realiseren dat niet alles achter het gordijn van de afgescheiden aansprakelijkheid gestopt kan worden zijn deze uitspraken voor de dagelijkse notariële praktijk van minder belang. Bovendien is in de meeste gevallen geen sprake van een bijzondere rechtsoverweging maar slechts van een feitelijke constatering. Deze uitspraken zijn derhalve ook niet in Rechtspraak Notariaat gepubliceerd.

De beoogde invoering van titel 7:13 BW (de personenvennootschap)¹ en de voorgenomen invoering van de Flex BV² hebben de gemoederen in ondernemingsrechtelijke kringen de afgelopen vijf jaar sterk . Deze beide wetsvoorstellen hebben voor het notariaat ook grote impact. Het is niet onverwacht dat ideeën en bepalingen van deze beoogde wetgeving ook thans al doorklinken in een aantal uitspraken. De rechter anticipeert dus op de hernieuwde visies op de personenvennootschap en de Flex B.V. Overigens zijn er ook een aantal gevallen waar dit bewust niet wordt gedaan. Deze beïnvloeding van het komende recht op de huidige rechtspraak wil ik in deze bijdrage becommentariëren door een aantal uitspraken die verband houden met beoogde nieuwe wetgeving te bespreken.

Het omgekeerde is nadrukkelijk ook aan de orde. Door een aantal geruchtmakende uitspraken is de tegenstrijdig belang-doctrine de afgelopen vijf jaar veelvuldig aan de orde geweest. Het is niet al te boud te stellen dat de Hoge Raad met een aantal uitspraken inzake de tegenstrijdig belangregel een doos van Pandora heeft geopend. Het blijkt moeilijk om weer evenwicht te vinden in deze regeling, ook al zien we daar wel nadrukkelijk pogingen toe. Uiteindelijk zijn de problemen met de tegenstrijdig belangregeling zodanig dat regering en tweede kamer hebben gemeend gelijktijdig met de invoering van de wetgeving omtrent de one-tier board³ ook een totaal nieuwe regeling voor tegenstrijdig belang te moeten presenteren. Hier is dus de omgekeerde beweging zichtbaar. De rechtspraak beïnvloedt de wetgeving.

¹ Wetsvoorstel bij de Eerste Kamer, Wet tot vaststelling van titel 7.13 (vennootschap) van het Burgerlijk Wetboek

(Wetsvoorstel nr 28 746 en de bijbehorende Invoeringswet, Kamerstukken 31 065.

² Wetsvoorstel bij de Eerste Kamer, vergaderjaar 2009-2010, 31 058 A, Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet vereenvoudiging en flexibilisering bv-recht).

³ Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze vennootschappen, kamerstukken 31 763.

Dat wetgeving rechtspraak beïnvloedt en vice versa is natuurlijk niets nieuws. Door de omvang van de wetgevingsoperatie en de lange tijd die met de invoering gepaard gaat is er echter langduriger sprake van deze beïnvloeding, hetgeen interessante uitspraken te zien geeft. Bij de wet op de personenvennootschappen zien we ook twijfel. Waar allereerst zowel bij de Hoge Raad als bij rechtbanken een enorme anticipatie zagen op het nieuwe wetsvoorstel van titel 7.13 wordt daaraan steeds minder gerefereerd.

Allereerst wordt in hoofdstuk 2 belicht hoe in uitspraken wordt verwezen naar titel 7:13.

Hoofdstuk 3 behandelt vervolgens een stuk rechtshistorie rondom de rechtsvisie omtrent de samenwerking tussen de verschillende stake-holders bij N.V./B.V.

Vervolgens worden een aantal uitspraken behandeld waaruit tot slot een conclusie wordt getrokken omtrent de huidige rechtsvisie van samenwerking.

Hoofdstuk 4 behandelt vervolgens de tegenstrijdig belang regeling.

2. Uitspraken omtrent personenvennootschappen waarin verwezen werd naar toekomstig recht.

2.1. Inleiding

Allereerst wil ik verwijzen naar uitspraken waarin de komende wetgeving een rol speelde op het gebied van de personenvennootschappen. Voor de personenvennootschappen begint dit met de uitspraak van 14 maart 2003 (NJ2003, 327, Hovuma Spreeuwenberg) waarin de Hoge Raad ook bij de commanditaire vennootschap met slechts één behorend vennoot een afgescheiden vermogen constateert. Daarbij verwijst de conclusie en de Hoge Raad nadrukkelijk naar de beoogde wetgeving van titel 7.13 BW.

2.2. Aansprakelijkheid van verbintenissen ontstaan voor toetreding van een vennoot.

Tekst uitspraak RN 2008, 35.

De Rechtbank Leeuwarden laat zich op 19 december 2007, RN 2008, 35 uit over de aansprakelijkheid van een vennoot voor verbintenissen die voor zijn toetreding zijn ontstaan.

Hoewel er over dit onderwerp al eerdere jurisprudentie was verschenen werd toch nadrukkelijk verwezen naar het wetsontwerp van titel 7:13 en de memorie van toelichting. De conclusie van deze uitspraak was eenvoudig: de vennootschap als afgescheiden vermogen alsmede de voormalige vennoten zijn aansprakelijk. De nieuw toegetreden vennoot niet.

Dat de vennootschap als afgescheiden vermogen een apart verhaalsobject vormt is al beslist in een zeer oude uitspraak van de Hoge Raad.⁴

De aansprakelijkheid van de toegetreden vennoot was minder duidelijk.

In deze casus was echter nog iets aan de hand. Er was sprake van een eenmanszaak waarbij een persoon toetrad. Er rijzen dan een aantal vragen. Geldt het ondernemingsvermogen dan nog steeds als afgescheiden verhaalsobject en is de vennoot die met de eigenaar van de eenmanszaak een vennootschap onder firma is aangegaan nog steeds niet gebonden? De rechtbank verwijst naar de nieuwe wettekst en de memorie van toelichting en besluit vervolgens: "*Het voorgaande geldt mutatis mutandis ook voor het geval er sprake is van een eenmanszaak die in verband met de toetreding van een andere persoon wordt omgezet in een vennootschap onder firma*"

⁴ HR 26 november 1897, W 7047 (Boeschoten/Besier)

Ergo, de eenmanszaak na inbreng in een vennootschap onder firma als zelfstandig drager van schulden. Ook het vermogen van de eenmanszaak wordt hierdoor tot een vorm van afgescheiden vermogen verheven.⁵ Dit past in de nieuwe gedachten die thans in de literatuur opgeld doen.

2.3 Aansprakelijk van verbintenissen ontstaan voor uittreding

Tekst uitspraak RN 2009, 103.

De tegenovergestelde casus komen we tegen in de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 1 juli 2009, RN 2009, 103. Daarin wordt besloten dat uitgetreden vennoten aansprakelijk blijven voor de schulden van de vennootschap die reeds bestonden op het moment van de overdracht van de vennootschap en tevens voor de schulden die weliswaar na de overdracht zijn ontstaan, doch die voortvloeien uit mede namens de uitgetreden vennoten aangegane verbintenissen. Toegetreden vennoten daarentegen zijn slechts hoofdelijk aansprakelijk voor schulden die na hun toetreding zijn ontstaan., tenzij uit een gedraging van een toegetreden vennoot de wil tot aanvaarding van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de oude vennootschap blijkt. Ook blijft het afgescheiden vermogen van de (in casu inmiddels ontbonden) vennootschap verhaalbaar. Opvallend genoeg wordt wel verwezen naar het handboek Asser Maeijer maar niet naar de nieuwe wetgeving.

2.4 Vormen van inbreng.

Tekst RN 2010, 60

Deze beide uitspraken zijn geheel in lijn met de voorgenomen wetwijziging. Na de uitspraken van 14 maart 2003 spreekt de Hoge Raad zich op 9 april 2010, RN 2010, 60 wederom uit over een aangelegenheid betreffende een personenvennootschap.

Bijzonder is dat noch in de uitspraak noch in de conclusie enige verwijzing plaatsvindt naar het nieuwe wetsvoorstel terwijl toch fundamentele rechtsvragen aan de orde kwamen. Toch biedt het nieuwe wetsvoorstel wel degelijk aanknopingspunten voor de beantwoording van deze casus. In het nieuwe wetsvoorstel wordt immers gesproken over inbreng in eigendom respectievelijk genot. De juridische consequenties worden ook besproken. De inbreng van een economische eigendom is nergens vermeld. Deze uitspraak is dan ook niet te rijmen met de voorgestelde wettekst. Het lijkt alsof de lange tijd waarop inmiddels op invoering wordt gewacht en de vragen die in de juridische literatuur omtrent het wetsvoorstel keer op keer opdoemen de bereidheid bij de rechterlijke macht om tot anticipatie over te gaan sterk beïnvloeden.

3. Uitspraken op het gebied van de N.V./B.V.

3.1. Inleiding

Waar bij de personenvennootschappen een volledig nieuwe wet bij de eerste kamer ter behandeling is, betreft het bij de B.V. een wetsvoorstel dat bekend is onder de naam Flex B.V.⁶ Het uitgangspunt van de huidige B.V. blijft volledig van kracht. Er wordt echter meer vrijheid gegeven om de samenwerking tussen de verschillende partijen in de statuten vorm te geven.

⁵ Zie hierover ook: Rechtssubjectiviteit en afgescheiden vermogen van de eenmanszaak Mr. G.J.H. van der Sangen, <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=43712>

⁶Wetsvoorstel Wijziging van Boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van de regeling voor besloten vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid (Wet Vereenvoudiging en Flexibilisering BV-recht, Kamerstukken 31058)

Alvorens deze uitspraken te behandelen zal allereerst een beknopte historie van de ontwikkeling van de N.V., en daarmee samenhangend de B.V. worden gegeven. Dit om aan te geven welke rechtshistorische ontwikkelingen globaal ten grondslag liggen aan de huidige jurisprudentie en wetgeving.

Bij de invoering van het Wetboek van Koophandel in 1838 werd de N.V. beschouwd als een gekwalificeerde vorm van maatschap, net als de vennootschap onder firma. Derhalve was de N.V. dogmatisch een overeenkomst. Er was geen sprake van rechtspersoonlijkheid. Eerst in 1901 kent de Hoge Raad rechtspersoonlijkheid toe aan de N.V.⁷ Ook in de daarop volgende jaren institutionaliseert de N.V. steeds verder. Het karakter van de N.V. als overeenkomst blijft, ook bij de wet van 1928, echter onaangetast.

Om te voorkomen dat minderheidsaandeelhouders door een statutenwijziging ernstig in hun rechten worden aangetast zijn in de wetgeving allerlei dwingendrechtelijke bepalingen opgenomen waar die overeenkomst aan moet voldoen. De uitwerking daarvan zien we op vele plaatsen in de wet terug, waaronder in art. 2:192 BW en 2:195 lid 4 BW. In het eerste artikel wordt de plicht van de aandeelhouder beperkt tot de volstortingsplicht. In het tweede wordt gemeld dat een aandeelhouder bij gebruikmaking van een recht krachtens de blokkeringsregeling door een mede-aandeelhouder de tot overdracht verplichte aandeelhouder altijd een prijs moet ontvangen die een deskundige heeft vastgesteld. Ook de bepaling dat elke aandeelhouder ten minste één stem heeft en dat deze zich in principe verhoudt tot het nominale kapitaal (art. 2:228 BW) kan als een dergelijke bepaling worden gezien.

Aan de visie van de overeenkomst bij de N.V. kleefde echter wel een probleem. Een overeenkomst moet worden uitgelegd naar de bedoeling van partijen krachtens de tussen de contractspartijen bestaande goede trouw (art. 1374 lid 3 Oude BW). Vandaar dat Van der Grinten in zijn handboek in de zestiger jaren van de vorige eeuw niet meer spreekt over de vennootschap die wordt geregeerd door de overeenkomst van vennootschap doch over de vennootschap die wordt geregeerd door een statuut. Deze zienswijze kreeg direct veel navolging.

In 1968 beslist de E.E.G. in haar eerste richtlijn dat de N.V. haar jaarstukken moet publiceren in het handelsregister en dat Nederland ook een besloten vennootschap moet introduceren. Nederland implementeert deze regeling in 1972 en kiest voor de invoering van een B.V. die gebaseerd is op de N.V., met enige kleine aanpassingen zoals de verplichte blokkeringsregeling. De B.V. is niet publicatieplichtig. In 1976 wordt ook publicatie van de jaarstukken voor de B.V. voorgeschreven. Daardoor is er in juridisch opzicht nauwelijks een onderscheid tussen N.V. en B.V.

Oprichting van een N.V./B.V. bleef echter een meezijdige rechtshandeling, waaruit de historie van de N.V. en B.V. als overeenkomst nog steeds bleek. In de praktijk wordt heel praktisch met deze verplichting omgegaan. De B.V. wordt door twee partijen opgericht die beiden aandelen krijgen, waarna een van de oprichters alle door haar verkregen aandelen overdraagt aan de andere partij. Daarmee is er slechts een aandeelhouder die vaak ook tevens de enig bestuurder is.

De verplichting om de N.V./B.V. door meerdere partijen te laten oprichten wordt dan ook in 1987 uit de wet geschrapt. Daarmee is de vraag of de N.V./B.V. wordt geregeerd als overeenkomst of statuut ook beslecht. Voor een overeenkomst zijn immers meerdere personen nodig. De institutionele benadering van de N.V./B.V. vierde hoogtij. De individuele rechten en plichten werden meer en meer beschouwd in het licht van een dogmatische organenleer, waarbij het vennootschappelijk belang als eigen grootheid een steeds belangrijker rol vervulde.

⁷ HR **

In de praktijk werden de wettelijke dwingendrechtelijke bepalingen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders als nogal knellend ervaren. Zeker in de Angelsaksisch georiënteerde internationale praktijk leverde deze bepalingen veel onbegrip op. Bovendien levert de verplichting tot openbaarmaking van de statuten bij sommige partijen bezwaren op. Vandaar dat de praktijk een alternatief ontwikkelde om naast de statuten een aparte overeenkomst aan te gaan. De zogenaamde aandeelhoudersovereenkomst. De vraag in hoeverre de aandeelhoudersovereenkomst mocht afwijken van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen komt al snel aan de orde.

Dogmatisch gezien bijzonder. De N.V. was gebaseerd op een overeenkomst waarbij ter bescherming van minderheidsaandeelhouders dwingendrechtelijke bepalingen zijn gekoppeld. De literatuur bestempelt de overeenkomst als statuut en vervolgens wordt bij nadere overeenkomst van de dwingendrechtelijke regelingen afgeweken. Toch werd deze praktijk werd in de loop der jaren steeds gangbaarder en ook steeds meer geaccepteerd.

Het wetsvoorstel dat thans bekend staat als de Flex B.V. is bedoeld om een groot aantal als knellend ervaren dwingende wetsbepalingen te vervangen. In de memorie van toelichting wordt overigens nadrukkelijk gemeld dat de huidige praktijk van statuten eventueel aangevuld met aandeelhoudersovereenkomst blijft bestaan. Daarmee is de dogmatische vraag of een aandeelhoudersovereenkomst eigenlijk wel mogelijk is beantwoord. Wel wordt in de Memorie van Toelichting nadrukkelijk het verschil in effect aangeduid. Statutaire bepalingen hebben een "goederenrechtelijk-effect". Een handeling die krachtens wet en statuten als niet rechtsgeldig wordt bestempeld komt niet tot stand. Bepalingen uit een aandeelhoudersovereenkomst hebben slechts obligatoire werking. Worden deze bepalingen overtreden dan zijn ze dus rechtsgeldig aangegaan doch kan er sprake zijn van toerekenbare tekortkoming. Alleen in bijzondere aangelegenheden zijn aan aandeelhoudersovereenkomsten vennootschappelijke gevolgen toegekend.⁸ In de loop der jaren is er dus een systeem gegroeid waarbij statuten en aandeelhoudersovereenkomsten elkaar aanvullen en soms zelfs tegenspreken.

Daarbij zien we in de praktijk ook nog certificaten met stichtingen administratiekantoor en certificaathoudersovereenkomsten. Al deze regelingen bij elkaar geven vorm aan het samenwerkingsverband in de entiteit die wij als N.V./ B.V. kennen. In veel regelingen in de praktijk zien we een afweging van belangen van de vennootschap als geheel enerzijds ten opzichte van de belangen van de individuele aandeelhouders en eventuele andere rechthebbende, de stake-holders, anderzijds. Het lijkt er op dat ook in de rechtspraak en wetgeving de laatste jaren steeds duidelijker wordt gekeken naar een redelijke belangenafweging van alle betrokken partijen. Een dogmatische fixatie op alleen shareholders respectievelijk alleen het vennootschappelijk belang is steeds minder aan de orde.

De afgelopen vijf jaar is de vraag omtrent de reikwijdte van statutaire en contractuele bepalingen en de rechtsgevolgen en afdwingbaarheid daarvan regelmatig aan de orde geweest.

3.2. Redelijkheid van samenhangende regelingen

Hof Amsterdam 6 juli 2006 en 10 juli 2006, RN 2006, 80

(tekst)

Uit deze zaak komt naar voren dat de vennootschappelijke structuur rondom de taxicentrale in de loop der jaren een aantal keren is gewijzigd. De wijzigingen bestonden enerzijds uit een aantal statutenwijzigingen van de Stichting administratiekantoor en anderzijds uit een aantal contractuele wijzigingen. Elke wijziging op zich was krachtens de statuten van de STAK respectievelijk de overeenkomst rechtsgeldig. Echter, de structuur zoals die uiteindelijk

⁸ Memorie van Toelichting, Kamerstukken 31 058 nr 3, pag 15 en 16.

ontstond was onvoldoende in balans. De rechten van de uiteindelijke aandeelhouders waren te zeer beperkt. Het Hof beslist dan ook dat deze disbalans moet worden opgeheven. Natuurlijk kan deze zaak strikt juridisch worden gedetermineerd. De achterliggende tendens van deze uitspraak is echter veel wezenlijker. De statuten en de daarmee samenhangende formele regelgeving, maar ook de feitelijke uitvoering daarvan, dient zodanig te zijn dat verhoudingen tussen de betrokken stake-holders in balans is. Alleen voldoen aan formele regels is niet voldoende. De regelgeving moet ook de materiële toets der kritiek kunnen doorstaan. Deze benadering lijkt zoals gezegd, ook in het vennootschapsrecht, sterk aan belang te winnen.

3.3. Rechten van een individuele aandeelhouder

HR 20 juni 2008, RN 2008, 67 (tekst)

In eerste aanleg besliste de Rechtbank Groningen op 28 april 2004, RN 2006, 43 over deze aangelegenheid. Uiteindelijk haalde deze zaak het naar de Hoge Raad. De rechtsvraag was ook zeer belangrijk en biedt voor de praktijk belangrijke aanknopingspunten.

Als de statuten van de vennootschap worden vastgelegd dan ligt er een blauwdruk van de rechten en plichten van de verschillende organen vast. Zoals eerder beschreven hebben de bepalingen uit de statuten goederenrechtelijk effect. In veel statuten zie je dat het bestuur weliswaar bestuursautonomie heeft⁹ maar voor een aantal handelingen toch de voorafgaande goedkeuring behoeft van de Raad van Commissarissen of de vergadering van aandeelhouders. Dit geschiedt vaak ter bescherming van het belang van een of meer individuele aandeelhouders.

Dat was ook in deze casus aan de orde. De bestuurder handelde echter in strijd met deze regeling. Er ontstaat vervolgens een probleem. De bestuurder heeft schade berokkend aan de vennootschap. De aandeelhouders hebben dan slechts een afgeleide schade. Als de vennootschap schade leidt daalt immers de waarde van de aandelen. Wordt de schade van de vennootschap opgeheven dan hebben de aandeelhouders ook geen schade meer. Kan een individuele aandeelhouder zelf de bestuurder aanspreken of berust dit recht bij de vennootschap?

Deze vraag is niet eenvoudig te beantwoorden maar is voor de praktijk van groot belang. Indien in een samenwerkingsverband tussen meerderheidsaandeelhouder en minderheidsaandeelhouder wordt bepaald dat de bestuurder (de facto door de meerderheidsaandeelhouder benoemt) voorafgaande goedkeuring van de algemene vergadering nodig heeft met een verhoogde meerderheid zodanig dat de minderheidsaandeelhouder zijn veto kan uitspreken dan voelt de minderheidsaandeelhouder zich beschermt. Als de minderheidsaandeelhouder deze rechten echter niet kan uitoefenen omdat het recht slechts de vennootschap als zodanig toekomt dan zou hij geen rechten uit eigen hoofde kunnen claimen. Natuurlijk zou de minderheidsaandeelhouder bij de ondernemingskamer kunnen klagen over juist beleid, maar ook dat levert hem geen eigen recht op.

De onderhavige casus en de daarbij behorende uitspraak geeft de minderheidsaandeelhouder een eigen recht gegrond op art. 2:9 BW. De omstandigheid dat is gehandeld in strijd met statutaire bepalingen die een individuele aandeelhouder pogen te beschermen, brengt in beginsel aansprakelijkheid van de bestuurder tegenover die individuele aandeelhouder mee. Indien de bestuurder echter feiten en omstandigheden kan aanvoeren dat zijn handelen niet een ernstig verwijt oplevert, dan moeten deze door de rechter in zijn oordeel worden betrokken.

⁹ Forumbank arrest HR 21-01-1955, NJ 1959, 43

Ook in deze aangelegenheid beslist de Hoge Raad niet met een institutionele benadering. Een individuele aandeelhouder kan een bestuurder rechtstreeks aanspreken indien een statutaire bepaling niet wordt nageleefd.

3.3. Winstbepaling in de statuten

Tekst HR 2008, 11

Dit arrest is de cassatie in het belang der wet van het arrest van het Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) van 28 maart 2007, RN 2007, 49

Zoals al eerder vermeldt wordt de samenwerking tussen de verschillende stake-holders vastgelegd in de statuten en eventueel aangevuld met een aandeelhoudersovereenkomst. In een beursgenoteerde vennootschap zal niet snel sprake zijn van een aandeelhoudersovereenkomst gezien de eenvoudige wijze waarop partijen hun aandelen kunnen verhandelen. Bovendien zijn er specifieke rechtsregels voor beursgenoteerde vennootschappen die aan samenwerkingsverbanden allerlei consequenties verbinden (zoals bijvoorbeeld acting in concert).

In deze casus kwam de vraag aan de orde in hoeverre bij de statuten bepalingen kunnen worden opgenomen omtrent winstdifferentiatie die afhankelijk wordt gesteld van een individuele kwaliteit van een aandeelhouder.

In het kort, DSM wilde aandeelhouders die loyaal waren aan het bedrijf en aandelen langere tijd onder zich hielden een hoger dividend geven (loyaliteitsdividend) zodat zij niet te snel speelbal zou worden van een venture-capitalist die met een relatief klein belang een grote stempel op de toekomst van de onderneming zou drukken. De problemen rondom de ABN AMRO overname speelde daarin ongetwijfeld een rol.

De ondernemingskamer was van mening dat een dergelijke winstdifferentiatie niet mogelijk zou zijn. Zij stelde DSM dan ook in het ongelijk. Voor DSM was daarmee de kous af. Zij staakte het plan.

De A-G Timmerman stelde echter cassatie in het belang der wet in. De uitspraak van de Hoge Raad opent vervolgens vele deuren. Zij stelt dat art. 2:92 BW waarin gesproken wordt over een gelijke behandeling van aandeelhouders van regelen recht is nu daarvan in de statuten kan worden afgeweken. Deze afwijking is niet beperkt tot aandelen van een bepaalde soort. Wel dient er een objectieve bepaalbaarheid te zijn en dient het gelijkheidsbeginsel dat aandeelhouders met dezelfde rechten gelijk worden behandeld in stand te blijven.

Hoewel de overweging in het arrest summier lijkt ontstaan er technisch gezien ineens talloze mogelijkheden om in de statuten bepalingen op te nemen waarbij winstdifferentiatie wordt gebruikt. In de praktijk bestaat hier grote behoefte aan. Ik schets een tweetal voorbeelden:

1. Een 100% aandeelhouder wil de twee managers van een fabriek in een specifieke plaats 10% toekennen van de aandelen in de vennootschap waarin die fabriek is ondergebracht. Daarvoor wordt een speciale soort aandelen ingericht. Indien een manager geen werkzaamheden meer verricht voor die vennootschap (bijvoorbeeld door arbeidsongeschiktheid) wordt het winstrecht voor die manager dat jaar verminderd naar €0,01 per aandeel.

2. Vier personen die samen een notariskantoor uitoefenen in een B.V. Allen hebben een kwart van de aandelen. Statutair kan blijkbaar een ingroei- en uitgroei-regeling worden bepaald waarbij notarissen die nog geen vijf jaar notaris zijn een klimmend winstdeel krijgen. Dit kan gecombineerd worden met de onder 1 gemelde regeling. Verschillende soorten aandelen zijn dus niet nodig.

Als u de wensen van de praktijk kent dan begrijpt u dat ik deze voorbeelden met nog zeer veel meer voorbeelden kan uitbreiden. Blijkbaar kunnen statuten en de daarin opgenomen winstbepalingen veel flexibeler worden vormgegeven dan door velen gedacht.

3.4. Aandeelhoudersovereenkomst versus dwingende wetsbepaling

Tekst Hof Den Haag, RN 2008, 95

Deze zaak is gecasseerd bij de Hoge Raad, 23 oktober 2009, RN 2010, 2. De Hoge Raad heeft echter met inachtneming van art. 81 R.O. deze zaak afgedaan. De conclusie van A-G Timmerman, zoals gepubliceerd in Rechtspraak Notariaat is echter, zeker in de slot alinea's, zeer lezenswaardig.

De juridisch meest interessante vraag die in deze casus aan de orde komt kan kort worden samengevat als volgt. Er is een aandeelhoudersovereenkomst gesloten tussen partijen. Op grond van de aandeelhoudersovereenkomst is een van de aandeelhouders verplicht zijn aandelen aan te bieden tegen een prijs die lager is dan de zakelijke prijs. Een van de dwingendrechtelijke wetsbepalingen ter bescherming van minderheidsaandeelhouders houdt in dat altijd een door deskundigen te bepalen prijs wordt verkregen (art. 2:195a lid 3 BW). Dit staat ook in de statuten vermeld. Welke bepaling prevaleert? De statutaire of contractuele en is de contractuele bepaling nietig of niet?

Het hof overweegt dat artikel 2:195a lid 3 inderdaad een dwingendrechtelijke bepaling is, waarvan bij statuten niet kan worden afgeweken. Dit laat echter afwijking bij overeenkomst onverlet. Een van de belangrijke overwegingen van het hof luidt letterlijk als volgt: *“Hierbij dient te worden bedacht dat statuten kunnen worden gewijzigd ook wanneer niet alle aandeelhouders daarmee hebben ingestemd en dat zonder de regel van artikel 2:195 a lid 3 BW een aandeelhouder derhalve tegen zijn wil gedwongen zou kunnen worden om zijn aandelen aan te bieden en over te dragen tegen een prijs die lager is dan de werkelijke waarde. Dit probleem speelt niet bij een(aandeelhouders-)overeenkomst; daarmee hebben alle betrokken aandeelhouders wel ingestemd”*.

Tevens wordt in de uitspraak nadrukkelijk verwezen naar de voorgestelde wetsvoorstellen van “de Flex B.V.”. In de voorgestelde wetgeving worden prijsbepalingsregelingen ook statutair mogelijk. De wet voorziet in een regeling ter bescherming van minderheidsaandeelhouders. Tot slot verwijst het Hof naar de breed gedragen opvatting dat de statuten een prijsbepalingsregeling kennen die rechtsgeldig dient te zijn mits de betrokken aandeelhouder hiermee heeft ingestemd.

Al met al een uitspraak waarmee een reeds lang bestaande praktijk eindelijk een juridische basis krijgt. Overigens kan geconcludeerd worden dat ook de A-G Timmermans in zijn conclusie stelt dat art. 2:195 a lid 3 ziet op statuten en niet op een overeenkomst en dat de regeling in de aandeelhoudersovereenkomst geldig is op voorwaarde dat: *“de regeling in de aandeelhoudersovereenkomst duidelijk concreet omschreven is en voor de betrokken contracterende aandeelhouders voorzienbare gevallen betreft.”*¹⁰

Zijn hiermee nu alle problemen van tafel? Zeker niet. In de praktijk bestaat er een duidelijke behoefte om indien omstandigheden wijzigen de aandeelhoudersovereenkomst aan te passen. Het gevoel heerst dat dwarsliggende minderheidsaandeelhouders gedwongen moeten kunnen worden mee te doen in een gewijzigde aandeelhoudersovereenkomst. Ofwel, in de aandeelhoudersovereenkomst wordt bepaald dat de aandeelhoudersovereenkomst kan worden gewijzigd met een gekwalificeerde meerderheid. Noch het Hof, noch de A.G. Timmermans, noch de Memorie van Toelichting gaat in op deze

¹⁰ RN Aflevering 1 -2010, p. 31

problematiek. De Memorie van Toelichting stelt zelfs dat een aandeelhoudersovereenkomst in beginsel slechts gewijzigd kan worden met instemming van alle partijen.¹¹

Als een dergelijke wijzigingsbepaling in de aandeelhoudersovereenkomst is opgenomen verplaatst het probleem van de bescherming van minderheidsaandeelhouders zich van de wettelijke en statutaire bepalingen naar de overeenkomst. Mijns inziens kunnen terecht vragen gesteld worden aan de rechtsgeldigheid van de bedingen in een aandeelhoudersovereenkomst die door wijziging tegen de zin van een minderheidsaandeelhouder doorgevoerd (kunnen) worden.

4. Tegenstrijdig belang

4.1. Inleiding.

Voor de notariële praktijk zijn de regelingen rondom tegenstrijdig belang zeer belangrijk. Tenslotte kunnen bij tegenstrijdig belang goederenrechtelijke consequenties verbonden zijn aan het negeren van de statutaire en wettelijke bepalingen. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur is immers in gedrang.¹² Notarissen dienen zekerheid te bieden in het rechtsverkeer en derhalve te zorgen voor een rechtsgeldig vertegenwoordigde vennootschap.

Rondom dit onderwerp zijn er de afgelopen vijf jaar veel uitspraken geweest en gezien het belang van de notariële praktijk zijn er in totaal 13 gepubliceerd in Rechtspraak Notariaat.¹³

Voordat de serie Rechtspraak Notariaat was gestart waren er al een aantal belangrijke uitspraken op het gebied van het tegenstrijdig belang gedaan. Ik noem Mediasafe 1¹⁴ en 2¹⁵, Joral¹⁶ en Duplicado¹⁷. Uit deze uitspraken bleek dat er al vrij snel sprake was van tegenstrijdig belang en dat ook bij vennootschappen waarmee de enig bestuurder tevens de enig vergadergerechtigde was notulen moesten worden opgemaakt om aan te tonen dat de algemene vergadering was geïnformeerd rondom de besluitvorming. Er waren echter ook nog een aantal onduidelijkheden.

In de afgelopen jaren is er een nadere inkleding gegeven aan de vormvoorschriften waaraan moet worden voldaan. In deze bijdrage bespreek ik de uitspraken van de Hoge Raad die de afgelopen jaren in Rechtspraak Notariaat zijn gepubliceerd.

4.2 HR 14 juli 2006, RN 2006, 70

Tekst

Of er sprake was van tegenstrijdig belang of niet was in deze procedure niet betwist. De vraagstelling was slechts of de onbevoegde vertegenwoordiging aan een derde kan worden tegengeworpen. Daarvoor dient de derde ten tijde van de rechtshandeling bekend te zijn met het tegenstrijdig belang, danwel behoorde hij daarmee bekend te zijn. Aangezien de wederpartij een bancaire instelling was had deze een verzwaarde zorgplicht. Dit kan dan zeker ook voor een notaris worden gesteld. Als professionele partij rust op hem een zware zorgplicht.

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2006-2007, 31058, nr 3. p. 16

¹² Art. 2:256 BW

¹³ RN nrs 2006/20; 2006/70; 2007/74; 2007/79, 2007/81; 2008/38; 2008/96; 2009/49; 2009/80; 2009/108; 2010/26; 2010/53

¹⁴ HR 22 maart 1996, NJ 1996, 568

¹⁵ HR 11 september 1998, NJ 1999, 171

¹⁶ HR 3 mei 2002, NJ 393

¹⁷ HR 9 juli 2004, NJ 2004, 519

4.3. HR 29 juni 2007, RN 2007, 81

Tekst

Alvorens deze zaak bij de Hoge Raad aanhangig werd gemaakt is er geprocedeerd bij het Hof Arnhem die op 11 oktober 2005 uitspraak deed, RN ,2006, 20. Uiteindelijk is deze zaak door Hof 's-Hertogenbosch op 24 maart 2009 beslist, RN 2009,80.

In deze zaak behandelt de Hoge Raad zeer principiële een aantal omstandigheden waarbij tegenstrijdig belang kan optreden. Daarbij komt de vraag van het kwalitatief tegenstrijdig belang nadrukkelijk aan de orde.

De Hoge Raad beslist dat er sprake is van toepassing van artikel 2:256 BW (de tegenstrijdig belang regeling) indien de belangen van de betrokken vennootschappen niet parallel lopen. Het is niet van belang of de handeling daadwerkelijk tot benadeling van de vennootschap heeft geleid. Het is, zo besliste de Hoge Raad al in de voorgaande uitspraken, aan de algemene vergadering om hierover een oordeel te vormen. Er is sprake van toepassing van artikel 2:256 BW indien de bestuurder te maken heeft met zodanig onvereenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming, zulks met inachtneming van alle relevante omstandigheden.

Ook in het geval dat de hoedanigheden van bestuurder en aandeelhouder voor beide vennootschappen in een persoon zijn verenigd, zullen de belangen van deze vennootschappen niet noodzakelijkerwijs altijd parallel lopen.

De vraag hoe zich dit verhoudt bij groepstransacties doemt dan meteen op. Het belang van de ene dochtervennootschap is niet noodzakelijkerwijs ook het belang van de andere dochtervennootschap. Sterker nog, ook hier zit het spanningsveld zoals hiervoor door de Hoge Raad gekenmerkt als tegenstrijdig belang.

De Hoge Raad vervolgt dan ook met een speciale overweging voor groepsvennootschappen. In geval gehandeld wordt tussen vennootschappen die een groep vormen zal n iet spoedig sprake zijn van tegenstrijdig belang omdat het juist de bedoeling is dat door de uiteindelijke zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd.

De vraag die zich dan voordoet is hoe dit nu zit bij de eenpersoonsvennootschappen. Is daar het belang van de DGA en de onderneming die, meestal via een Holding en een of meerdere dochtervennootschappen wordt uitgeoefend ook niet nadrukkelijk aan elkaar gekoppeld? Zou nu niet gewoon gesteld kunnen worden dat tegenstrijdig belang bij een vennootschap met slechts een aandeelhouder die tevens enig bestuurder is zinledig is? Het verschil tussen een groepsvennootschap en een vennootschap waarin de DGA als enig aandeelhouder naast de vennootschap noch andere activiteiten heeft ontgaat mij ook. Er wordt wel verdedigd dat de verslaglegging van belang is omdat anders achteraf, ook bij overnames, teveel onduidelijkheden kunnen bestaan. Mijns inziens kan dit op andere wijzen worden geregeld en is de vastlegging als zodanig belangrijker dan het formele besluit.

Ik ga er dan natuurlijk van uit dat die enig aandeelhouder ook de enig vergadergerechtigde is, en er derhalve geen pand of vruchtgebruik is gevestigd of bewilligde certificaathouders zijn die zich in een algemene vergadering kunnen mengen. Als er namelijk sprake is van tegenstrijdig belang dan kan de algemene vergadering overeenkomstig artikel 2:256 BW een vertegenwoordiger aanwijzen. Dit kan de bestuurder zelf zijn. Indien dus wordt voldaan aan enige administratieve verplichtingen is zowel bij eenpersoonsvennootschappen als ook bij groepsvennootschappen dus elk potentieel probleem opgelost. In de praktijk ervaart het notariaat wat dit betekent. Bij zeer veel transacties laten notarissen de algemene

vergadering besluiten de enig bestuurder te machtigen voor het geval er sprake mocht zijn van tegenstrijdig belang en leggen dit in notulen vast.

Simpel gezegd, vlak voor het tekenen van een akte worden notulen opgesteld waarin dezelfde persoon die de akte tekent instemt met het feit dat hij de akte mag tekenen. Dit leidt tot een grote mate van onbegrip bij de gemiddelde bestuurder. In het beste geval meent hij dat de notaris van papierverspilling houdt. Meestal wordt dit echter gezien als middel om de nota wat te verhogen.

De administratieve lastendruk die met het leerstuk van het tegenstrijdig belang zoals door de Hoge Raad geformuleerd en ook in het voorgaande arrest in stand wordt gehouden is enorm. Ik stel dan ook voor de wet met het volgende artikel aan te vullen:

“ Indien een vennootschap één vergadergerechtigde heeft die tevens enig aandeelhouder is wordt een besluit van het bestuur geacht te zijn genomen met instemming van de algemene vergadering en wordt een besluit van de algemene vergadering geacht te zijn genomen met instemming van het bestuur, steeds onder de voorwaarde dat van het genomen besluit schriftelijk of uit elektronische verslaglegging blijkt.”

De kostenbesparing voor het bedrijfsleven door de invoering van dit simpele artikel zou enorm zijn, nu de overgrote meerderheid van de vennootschappen in Nederland bestaat uit eenpersoonsvennootschappen. Thans ligt een wetsvoorstel tot aanpassing van artikel 210 lid 5 bij de Eerste Kamer waarin met een gelijke strekking jaarrekeningen worden vastgesteld.¹⁸ Ook wordt daardoor décharge van bestuurders en commissarissen een feit.

Mijns inziens is de Hoge Raad bezig zich in bochten te wringen omdat in het verleden een leerstuk is opgetuigt waarvan thans de praktische problemen zich in alle hevigheid laten zien en de Hoge Raad niet om wil gaan.

4.4. HR 23 maart 2008, RN 2008, 38

tekst

In deze uitspraak is er een situatie waarbij in de statuten nadrukkelijk is vermeldt dat ook bij tegenstrijdig belang de bestuurder bevoegd blijft. Artikel 2:256 BW bepaalt dat in alle gevallen waarin de vennootschap een tegenstrijdig belang heeft met een of meer bestuurders de algemene vergadering steeds bevoegd is een of meer andere personen aan te wijzen. De Hoge Raad constateert hier dat als de algemene vergadering haar bevoegdheid om een andere vertegenwoordiger aan te wijzen niet uitoefent, diegene die krachtens de statuten als bevoegde persoon wordt aangewezen ook die bevoegdheid heeft. Bij een eenpersoonsvennootschap kan dus al snel geconstateerd worden dat de DGA die zichzelf niet hernieuwd heeft aangewezen wordt gered als de statuten maar goed zijn ingericht. Overigens is een handeling in strijd met het hiervoor vermelde volgens de Hoge Raad nietig. Verjaring is dus niet aan de orde. Wordt de vennootschap niet met inachtneming van de statuten en art. 2:256 BW vertegenwoordigd dan wordt blijkbaar niet uitgegaan van opgewekte schijn of een ander aan de vennootschap toerekenbaar tekort eventueel intern werkend tekort maar de handeling zelf als nietig bestempeld.

Overigens eindigt de Hoge Raad met een bijzondere opmerking, welke ik graag integraal wil citeren: *“Bij het voorgaande dient niettemin in het oog te worden gehouden dat onder*

¹⁸ Art. 210 lid 5, beoogde tekst: Indien alle aandeelhouders tevens bestuurder van de vennootschap zijn, geldt ondertekening van de jaarrekening door alle bestuurders en commissarissen tevens als vaststelling in de zin van lid 3, mits alle vergadergerechtigden in de gelegenheid zijn gesteld om kennis te nemen van de opgemaakte jaarrekening en met de wijze van vaststelling hebben ingestemd zoals bedoeld in artikel 238 lid 1. In afwijking van lid 3 strekt deze vaststelling tevens tot kwijting aan de bestuurders en commissarissen. De statuten kunnen de in de eerste zin bedoelde wijze van vaststelling van de jaarrekening uitsluiten.

bijzondere omstandigheden de uitoefening door de vennootschap (veelal de curator in haar faillissement) van de bevoegdheid zich op de voet van art. 256 op de ongeldigheid van de onbevoegdlijk verrichtte rechtshandeling te beroepen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan worden geacht, vanwege de ingrijpende gevolgen voor de wederpartij die aan een geslaagd beroep zijn verbonden, in aanmerking genomen het belang van het handelsverkeer en de strekking van art. 2:256”

4.5. HR 9 oktober 2009, RN 2009, 109 en 110.

tekst

De valkuil die de Hoge Raad in het hiervoor besproken arrest Nieuwe Steen (RN 2008, 38) heeft gegraven opent zich al kort daarna. De casus in beide zaken is eigenlijk vergelijkbaar, met één zeer wezenlijk juridisch verschil. Op het moment dat de verpandingen worden aangegaan (nr. 110) luiden de statuten dat in geval van tegenstrijdig belang de algemene vergadering een persoon moet aanwijzen. Vervolgens worden de statuten gewijzigd zodanig dat de bestuurder ook bij tegenstrijdig belang bevoegd blijft en daarna wordt een recht van hypotheek verleend. Dezelfde casus met dien verstande dat in bij het sluiten van het pandrecht andere statutaire bepalingen van toepassing waren dan ten tijde van het verstrekken van het recht van hypotheek.

De Hoge Raad blijft bij haar standpunt dat ook in geval van eenpersoonsvennootschappen bij een statutair niet weggeschreven tegenstrijdig belang nadrukkelijk een aanwijzingsbesluit noodzakelijk is. Indien hieraan niet is voldaan is er sprake van een nietige rechtshandeling. Echter, ook als een uitdrukkelijk aanwijzingsbesluit ontbreekt kan uit de omstandigheden van het geval worden afgeleid dat een aandeelhouder heeft ingestemd met de bevoegdheid van een bestuurder ook bij tegenstrijdig belang te handelen.

De vraag die zich nu voordoet is hoe u in de praktijk moet omgaan met de tegenstrijdig belang regeling zoals die thans in wet en rechtspraak is vastgelegd. Het notariaat moet tenslotte rechtszekerheid bieden in het rechtsverkeer maar ook zijn cliënten, de bestuurders die de akten tekenen, informeren omtrent aansprakelijkheden die een vennootschap of curator jegens een bestuurder kan stellen. Op grond daarvan kan ik niet anders concluderen dat de administratieve last tot het steeds weer notuleren van allerlei vergaderingen nog niet kan worden afgeschaft.

Als een bestuurder in strijd met de tegenstrijdig belang bepaling handelt kan hij door de vennootschap of een minderheidsaandeelhouder aansprakelijk worden gesteld (zie hiervoor HR NOM/Winters HR 20 juni 2008, RN 2008, 67). Een extra stukje notulen is in het geval van een enig aandeelhouder/enig bestuurder makkelijk te realiseren.

Indien de bestuurder niet dezelfde is als de vergadergerechtigde is voor de notaris niet constateerbaar of de algemene vergadering wel of niet in de gelegenheid is geweest om een ander vertegenwoordigingsbevoegd persoon aan te wijzen. De verklaring van de bestuurder is in deze, gezien de nietigheid van de rechtshandeling in geval van een onjuiste verklaring, onvoldoende. Dus zullen er notulen moeten worden overlegd. Het is onduidelijk of de zorgplicht van de notaris zover gaat dat hij moet beoordelen of de bijeenroeping ook wel daadwerkelijk heeft plaatsgevonden. Ik zou zover niet willen gaan.

Al met al zou de snelle invoering van het wetsvoorstel van de One Tier Board ¹⁹ een gedeeltelijke oplossing betekenen. Artikel 2:146 BW en 2:256 BW komen dan te vervallen. De regelingen hebben geen externe werking meer. Bij tegenstrijdig belang wordt er nog slechts over de wijze van besluitvorming gesproken waarbij, net als in de thans al vigerende

¹⁹ Eerste Kamer der Staten Generaal, vergaderjaar 2009-2010, 31 763, A, Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen

Corporate Governance Code. De bestuurder met een tegenstrijdig belang mag niet betrokken worden in de beraadslaging en besluitvorming omtrent het betreffende onderwerp. Daarmee vervalt de notariële zorgplicht voor het rechtsverkeer gedeeltelijk. De informatieplicht naar bestuurders blijft echter bestaan.²⁰ Natuurlijk kan misbruik door een derde partij nog steeds middels onrechtmatige daad worden aangepakt en blijft het leerstuk van de bestuursaansprakelijkheid bestaan. Concluderend kan gesteld worden dat de uitspraken rondom tegenstrijdig belang een grote vlucht hebben genomen. Het gevoel ontstaat dat de Hoge Raad nadat zij aan de besluitvorming omtrent tegenstrijdig belang zeer strakke normen heeft gesteld thans in haar uitspraken concludeert dal al snel de conclusie kan worden getrokken dat er sprake is van een aanwijzingsbesluit. Desalniettemin blijft de administratieve last en het ongeloof van de gemiddelde burger bestaan. Zo bezien is de tegenstrijdig belang regeling met externe werking nodeloos ingewikkeld en door haar goederenrechtelijk effect een belangrijke belemmering voor een efficiënt rechtsverkeer. De lagere rechtspraak zal ook de komende jaren, tot de invoering van de nieuwe wet, nog moeilijkheden ondervinden met dit inmiddels veel te complexe leerstuk.

4. Naschrift

De afgelopen vijf jaar zijn er interessante en belangwekkende ontwikkelingen geweest. Met plezier heb ik de uitspraken voor Rechtspraak Notariaat geselecteerd. Ik hoop ook de komende vijf jaar door zorgvuldige selectie en de commentaren samen met de bewerkers en mede-redacteuren de discussie en kennis in het notariaat omtrent nieuwe rechtsontwikkelingen op peil te houden.

Mr. A.H.G. Wilod Versprille

²⁰ Voor verder commentaar: Advies van de GECOMBINEERDE COMMISSIE VENNOOTSCHAPSRECHT van de Nederlandse Orde van Advocaten en de Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie Advies inzake Wetsvoorstel (Kamerstukken 31763) tot Wijziging van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek in verband met de aanpassing van regels over bestuur en toezicht in naamloze en besloten vennootschappen (het "Wetsvoorstel"); <http://www.notaris.nl/subsites/commissie/pdf/advies%20inzake%20wetsvoorstel%2031%20763%20bestuur%20en%20toezicht%20151208.pdf>